

# 47. God en Gebod, Kerk en Drugs

MR. S. WAHEDI

Deze bijdrage gaat over de vraag of het gebruik van ayahuasca-thee door leden van de Santo Daime kerk uitgezonderd moet worden van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de rechtspraak over de strafwaardigheid van de ayahuasca-thee, en de rechtstheoretische discussie over de beschermwaardigheid van godsdienst binnen liberale democratieën.

## 1. Inleiding

In de afgelopen jaren hebben verschillende onderzoeken inzicht geboden in de verhouding tussen het strafrecht en de culturele dimensie van praktijken zoals eerwraak, meisjesbesnijdenis en polygamie.<sup>1</sup> Deze onderzoeken hebben vanuit verschillende invalshoeken een belangrijke bijdrage geleverd aan het theoretiseren van de strafwaardigheid van cultureel gerelateerd geweld.<sup>2</sup> Niettemin is in de theorievorming over het strafrecht en delicten met een traditionele dimensie – zoals culturele delicten – een onderwerp tamelijk onderbelicht gebleven: de verhouding tussen het strafrecht en religie, meer specifiek de categorie feiten die een religieuze dimensie hebben. Met andere woorden: er is op tot heden nauwelijks fundamenteel onderzoek verricht naar de categorie ‘religieuze delicten’.<sup>3</sup> Dat zijn dus normafwijkende praktijken die hun rechtvaardiging vinden in de wijze waarop de normovertreder zijn religie beleeft.<sup>4</sup> Deze (mogelijk) strafbare uitoefening van religie beslaat zowel

commissiedelicten (het verrichten van bepaalde handelingen) alsook omissiedelicten (het nalaten om een bepaalde handeling te verrichten).<sup>5</sup>

Maar een nadere reflectie op deze tweedeling in religieuze commissie- en omissiedelicten levert niet alleen concrete voorbeelden op; het verklaart ook wel waarom er tot op heden geen fundamenteel onderzoek is verricht naar de verhouding tussen het strafrecht en religie. Immers de discussie over de strafwaardigheid van bepaalde religieuze praktijken, zoals bijvoorbeeld jongensbesnijdenis, het dragen van gezichtsbedekkende kleding, of niet kunnen voldoen aan de identificatieplicht op de Sabbat is een kwestie van de laatste jaren.<sup>6</sup> Dit geldt ook voor de rechtstheoretische en politiek-filosofische discussie over de bijzondere status van godsdienst in het recht die zich concreet manifesteert in het recht op godsdienstvrijheid.<sup>7</sup> De vraag die deze vrijheid in relatie tot het strafrecht oproept, is of de religieuze dimensie van bepaalde overtredingen, vervolging

1 Zie respectievelijk de proefschriften van M. Siesling, *Multiculturaliteit en verdediging in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2006; J. ten Voorde, *Cultuur als verweer*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007; W.M. Limborgh, *Culturele vrijheid en het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

2 Siesling 2006 (het verdedigingsperspectief); Ten Voorde 2007 (strafrechtstheorie); Limborgh 2011 (rechtsfilosofie).

3 Afgezien van wetenschappelijke artikelen over de strafwaardigheid of toelaatbaarheid van religieuze praktijken die van tijd tot tijd tot discussie leiden, zoals jongensbesnijdenis: zie bijv. S. Wahedi, ‘De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis’, *NJB* 2012, p. 3097 e.v.; P. Cliteur, ‘Morele en immorele religieus gelegitimeerde praktijken in het gezondheidsrecht’, in: *Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Ethiek en Gezondheidsrecht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2014, p. 141 e.v.

4 Vgl. S. Wahedi, ‘Marginaliseren van godsdienstvrijheid door abstraheren van de religieuze dimensie’, *Religie & Samenleving* 2014, p. 128-147.

5 Ook zou men onder de noemer religieuze delicten overtredingen kunnen scharen die tegen de religie zijn, zoals het vervallen verbod op godslastering. Vgl. in dit verband: M. Vrolijk, *Recht door gratie*, Hilversum: Verloren 2004. Deze bijdrage focust echter op overtredingen die religieus geïnspireerd zijn.

6 Dit punt wordt onderkend in de studies over de verhouding tussen cultuur en het strafrecht: zie bijv. Ten Voorde 2007, p. 39 (merkt op dat over de strafwaardigheid van jongensbesnijdenis ‘nooit een serieuze discussie [is] gevoerd’); Limborgh 2011, p. 3 (zeft afgezien te hebben van een discussie over de strafwaardigheid van hoofddoeken en gezichtsbedekkende kleding, omdat dergelijke verboden niet realistisch genoeg waren in de tijd dat hij aan zijn onderzoek begon).

7 Zie S. Wahedi, ‘Het beoordelingskader van rituele jongensbesnijdenis’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2016, p. 59-74.

en uiteindelijk veroordeling in de weg staat.<sup>8</sup> Met andere woorden: leidt een beroep op godsdienstvrijheid binnen de context van het strafrecht tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid en daarmee tot straffeloosheid?<sup>9</sup>

Dat dit geen retorische vraag is, blijkt onder meer uit de rechtspraak over de strafwaardigheid van religieuze manifestaties.<sup>10</sup> Deze bijzondere rechtspraak levert een vrij gevarieerd beeld op van praktijken die op belangstelling kunnen rekenen van politie en justitie. Denk hierbij aan bijvoorbeeld uitingsdelicten of terroristische activiteiten.<sup>11</sup> Andere praktijken die eveneens strafbare feiten kunnen opleveren zijn jongens- en meisjesbesnijdenis,<sup>12</sup> en het niet voldoen aan de identificatieplicht of de inschrijfplicht zoals neergeld in de Leerplichtwet.<sup>13</sup>

## Er is tot op heden geen fundamenteel onderzoek verricht naar de verhouding tussen het strafrecht en religie

- 8 Overigens is het strafrecht niet het unieke domein waarbinnen vragen kunnen ontstaan over de reikwijdte van godsdienstvrijheid. Bestuursrechtelijke besluiten in de vorm van bijvoorbeeld handhaving, weigering en intrekking van vergunningen leiden evenzeer tot een discussie over de verhouding tussen recht en religie. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 23 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7607 (over de weigering van de Eindhovense burgemeester om Imams te laten spreken op een internationale conferentie); ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1135 (over de opgelegde dwangsom die de verwijdering van de tekst 'Jesus Redt' vanaf een dak gelastte).
- 9 Vgl. ook Siesling 2006, p. 236-242 (over gewetensbezwaren).
- 10 Zie voor een overzicht van religieuze manifestaties die in de afgelopen jaren aanleiding hebben gegeven tot juridische en politieke discussies: S. Wahedi, 'Abstraction from the religious dimension', *Buffalo Human Rights Law Review* 2017/2018, p. 1.
- 11 Vgl. resp. Hof Den Haag 2 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1224 (aanzetten tot haat, discriminatie en geweld); HR 9 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9368 (over de strafwaardigheid van de uitlatingen van Tweede Kamerlid Van Dijke die homoseksuelen met dieven had vergeleken). Zie verder: Rb. Limburg 15 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4494 (ronsen voor de jihad). Over dit zogenoemde 'theoterrorisme': P. Cliteur, *Theoterrorism v. Freedom of Speech*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2019. Toegegeven, de verhouding tussen religie en terrorisme is niet onomstreden, maar de consensus die heerst binnen het paradigma van liberale politieke filosofie over de rol van godsdienst voor bijzondere bescherming in het recht is dat er om redenen van neutraliteit de vraag wat wel en niet geldt als 'religieus' naar subjectieve maatstaven moet worden beantwoord. Dit impliceert overigens niet dat 'alles' wat 'religieus' is ook toegestaan moet worden, zie hierover: S. Wahedi, 'Freedom of Religion and Living Together', *California Western International Law Journal* 2019, p. 213 e.v.
- 12 HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3538 (jongensbesnijdenis). Over de toelaatbaarheid van de relatief lichtere variant van meisjesbesnijdenis (verwijdering van de clitorishoed, al dan niet geheel of gedeeltelijk op expliciet religieuze gronden) binnen de kringen van de *Dawoodi Bohra* (onderdeel van de Ismaili's binnen de Sjiitische tak van de Islam) wordt op dit moment geprocedeerd in de Verenigde Staten. Zie: S. Wahedi, 'The health law implications of ritual circumcisions', *Quinnipiac Health Law Journal* 2019, p. 209-245; M.E. Shember, 'Female genital mutilation and the First Amendment: an analysis of State FGM Statutes and the right to Free Exercise', *University of Detroit Mercy Law Review* 2019, 431-456.
- 13 Vgl. resp. Hof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2283 (over de identificatieplicht op de Sabbat); Hof 's-Hertogenbosch 26 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL7280 (over niet voldoen aan de inschrijfplicht op religieuze gronden).

Wat ook niet zou misstaan in dit rijtje is het gebruik van drugs voor sacrale doeleinden. In Nederland komt dit voor onder de leden van de Santo Daime kerk die ayahuasca-thee drinken. Hoewel deze thee het verboden middel dimethyltryptamine (DMT) bevat,<sup>14</sup> is over de strafwaardigheid van deze praktijk het laatste woord nog niet gezegd. De discussie hierover heeft niet alleen geleid tot de ontwikkeling van een fascinerende lijn in de rechtspraak over de reikwijdte en betekenis van godsdienstvrijheid.<sup>15</sup> Zij heeft tevens het rechtstheoretische en politiek-filosofische debat over de bijzondere status van godsdienst en de bescherming van religieuze manifestaties op scherp gezet.<sup>16</sup> Dat zal naar verwachting niet anders worden nu de Hoge Raad zich heeft uitgesproken over de strafbaarheid van het gebruik van de ayahuasca-thee voor religieuze doeleinden.<sup>17</sup>

De uitspraak van de Hoge Raad die een eerdere veroordeling wegens invoer van ayahuasca-thee door het Amsterdam in stand laat en daarmee radicaal breekt met de heersende jurisprudentie over de strafwaardigheid van dit middel voor sacrale doeleinden, vormt een belangrijke aanleiding om de toelaatbaarheid van religieus drugsgebruik onder de loep te nemen. Deze bijdrage zoemt dan ook in op de strafwaardigheid van religieus drugsgebruik. De vraag die hierbij centraal staat is of het gebruik van de ayahuasca-thee door leden van de Santo Daime kerk uitgezonderd moet worden van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Voor de beantwoording van deze vraag zal worden gekeken naar de rechtspraak over de ayahuasca-thee (paragraaf 2) en de theoretische discussie over de beschermwaardigheid van godsdienst binnen het recht (paragraaf 3). De inzichten die voortvloeien uit deze rechtstheoretische en politiek-filosofische discussie vormen een belangrijke basis om in normatieve zin antwoord te geven op de vraag of het drinken van de ayahuasca-thee uitgezonderd kan worden van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 4).

## 2. De ayahuasca-thee jurisprudentie

De strafrechtelijke jurisprudentie over de toelaatbaarheid van de ayahuasca-thee als een sacrament binnen de Santo Daime kerk concentreert zich op de vraag of een verbod hierop van overheidswege een schending oplevert van het recht op godsdienstvrijheid zoals neergeld in art. 6 Gw en art. 9 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De vraag is dus of art. 2 Opw dat een verbod bevat op het onder meer bezitten, invoeren of doorvoeren van middelen die DMT bevatten, zoals de ayahuasca, buiten toepassing moet worden verklaard. De rechter heeft deze vraag verschillend beantwoord. In

14 Art. 2 jo. lijst I, Opw.

15 Vgl. Ch.L. Eisgruber & L.G. Sager, 'The vulnerability of conscience: the Constitutional basis for protecting religious conduct', *The University of Chicago Law Review* 1994, p. 1245-1315.

16 Vgl. R. Dworkin, *Religion without God*, Cambridge etc.: Harvard University Press 2013, p. 125.

17 HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1456. Zie ook Concl. A-G B.F. Keulen, ECLI:NL:PHR:2019:754 en HR 9 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2497.

een aantal uitspraken heeft de rechter geoordeeld dat een verbod op het gebruik van de ayahuasca-thee een niet noodzakelijke beperking oplevert van het recht op godsdienstvrijheid. Maar in enkele gevallen is de rechter ook tot een andere conclusie gekomen, met het recente arrest van de Hoge Raad over deze kwestie als voorlopig sluitstuk van een juridisch getouwtrek over belangen die nogal tegenstrijdig zijn: het belang om in vrijheid uiting te geven aan religieuze overtuigingen en het belang om de volksgezondheid niet in gevaar te brengen.<sup>18</sup>

Deze dichotomie in de beoordeling van de strafwaardigheid van de ayahuasca-thee stelt ons in staat om de rechtspraak hierover nader te categoriseren naar de wijze waarop de strafrechter tot zijn conclusie is gekomen. Daarom zal hierna eerst worden ingegaan op die uitspraken waarin is geoordeeld dat een verbod op het drinken van de ayahuasca-thee een niet noodzakelijke beperking oplevert van het recht op godsdienstvrijheid. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de uitspraken waarin de rechter tot een andere afweging is gekomen.

## 2.1 Een niet noodzakelijke beperking van godsdienstvrijheid

### 2.1.1 *Rechtbank Amsterdam 2001*

Een van de eerste en tegelijkertijd ook kernuitspraken over de strafwaardigheid van het drinken van de ayahuasca-thee betreft een vonnis van de Rechtbank Amsterdam uit 2001.<sup>19</sup> De verdachte die lid is van de Santo Daime kerk wordt in deze zaak verweten het vervoeren en in bezit hebben van enkele liters vloeistof die het verboden middel DMT bevat. Hoewel de rechtbank het feit bewezen verklaart, wordt de verdachte na een uitvoerige motivering ontslagen van alle rechtsvervolgning omdat de rechtbank in dit specifieke geval het bewezenverklarde niet strafbaar acht. In zijn overwegingen refereert de rechtbank uitvoerig naar deskundigenrapporten die inzicht bieden in de geschiedenis van de Santo Daime kerk, het gebruik van de ayahuasca-thee als een sacrament binnen deze kerkgemeenschap en de risico's van het drinken van deze thee voor de volksgezondheid.

**De vraag die centraal staat is of het religieus gebruik van de ayahuasca-thee uitgezonderd moet worden van strafrechtelijke aansprakelijkheid**

De vraag die de rechtbank moet beantwoorden is of het verbod op het drinken van de ayahuasca-thee een niet toelaatbare beperking oplevert van het recht op godsdienstvrijheid, zoals neergeld in art. 9 EVRM. De recht-

bank beantwoordt deze vraag bevestigend en weegt het belang van de verdachte op de vrije uitoefening van haar godsdienst af tegen het belang van de overheid om de volksgezondheid te beschermen tegen middelen die DMT bevatten. Wat vervolgens de doorslag geeft voor het buiten toepassing verklaren van art. 2 Opw is dat 'aan het rituele gebruik van de ayahuasca geen noemenswaardige gezondheidsrisico's kleven'.<sup>20</sup> Hierbij speelt het controlemechanisme over het gebruik van de thee binnen de kerkgemeenschap en de informatie die wordt verstrekt over de risico's die aan het drinken van de thee kleven een belangrijke rol. Deze omstandigheden vormen volgens de rechtbank 'een voldoende waarborg tegen onaanvaardbare gezondheidsrisico's in die gevallen waarin het gebruik van de thee moet worden ontraden'.<sup>21</sup>

### 2.1.2 *Rechtbank Haarlem 2009*

In 2009 komt de Rechtbank Haarlem tot dezelfde conclusie.<sup>22</sup> De verdachte die wordt verweten in strijd met art. 2 Opw, 40 liter ayahuasca-thee te hebben ingevoerd vanuit Brazilië, wordt ontslagen van alle rechtsvervolgning. De strafrechters omarmen de conclusies uit het eerdere vonnis uit 2001, maar voegen daar nog aan toe dat de ayahuasca-thee alleen in Brazilië op rituele wijze kan worden voorbereid. Het is volgens de rechtbank niet mogelijk om deze thee in Nederland te produceren 'gezien het proces en de riten waarmee [de voorbereiding] is omkleed'.<sup>23</sup> De invoer van deze thee vanuit Brazilië is dan ook 'essentieel' voor de leden van de Santo Daime kerk om invulling te kunnen geven aan hun religieuze overtuigingen. Deze invoer is overigens omkleed met een aantal waarborgen. Eén hiervan is dat de ayahuasca-thee uitsluitend meegenomen kan worden door actieve leden van de kerk en niet door derden. Pas na een interne controle wordt de thee ter export aangeboden aan de leden.<sup>24</sup>

Het oordeel van de rechtbank is dan ook dat het verbod op de invoer van de ayahuasca-thee buiten toepassing moet worden verklaard, omdat het verboden middel DMT in dit specifieke geval 'een bestanddeel van de heilige ayahuasca thee vormt die alleen in Brazilië wordt vervaardigd en een wezenlijk onderdeel van de godsdienstige overtuiging voor de leden van de Santo Daime kerk is'.<sup>25</sup> Wat hierbij ook een belangrijke rol heeft gespeeld is de omstandigheid dat aan het drinken van de ayahuasca-thee 'geen noemenswaardige gezondheidsrisico's kleven'.<sup>26</sup>

Het Haarlemse vonnis met aandacht voor de wijze waarop de ayahuasca-thee wordt voorbereid in Brazilië en de waarborgen omtrent het in bezit krijgen van dit middel ten behoeve van de export ervan, is een nadere verfijning van de omstandigheden waaronder art. 2 Opw buiten toepassing mag worden verklaard. Het Haarlemse vonnis volgt

18 Het arrest van de Hoge Raad uit 2019 laat een veroordeling door het Hof Amsterdam in stand wegens de invoer van de ayahuasca-thee. De veroordeling laat echter enige ruimte open voor rechters om tot een andere conclusie te komen, mits aan de waarborgen die het hof uit in zijn arrest formuleert wordt voldaan. Zie hierover par. 2.2.

19 Rb. Amsterdam 21 mei 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AB1739.

20 Idem.

21 Idem.

22 Rb. Haarlem 26 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9844.

23 Idem.

24 Idem.

25 Idem.

26 Idem.

dus niet alleen de lijn die was uitgezet door Amsterdamse rechters, het verheldert waarom de strafbaarheid van de ayahuasca-thee de Nederlandse leden van de Santo Daime kerk in een lastig parket brengt. Zij kunnen dit middel immers niet in Nederland zelfstandig produceren, maar hebben het wel nodig voor de uitoefening van hun godsdienstige overtuigingen.

Niettemin is de Haarlemse uitspraak enigszins opvallend te noemen. In 2007 heeft de Hoge Raad nog een beschikking van het Hof Amsterdam in stand gelaten waarin werd geoordeeld dat het verbod op het bezitten van met ayahuasca vergelijkbare vloeistof geen ongerechtvaardigde beperking oplevert van godsdienstvrijheid zoals neergelegd in art. 9 EVRM.<sup>27</sup> Het verbod is volgens de bestreden beschikking immers bedoeld om de volksgezondheid te beschermen en is als zodanig noodzakelijk in een democratische samenleving. Weliswaar was in deze zaak het gebruiken van het inbeslaggenomen middel niet noodzakelijk voor de uitoefening van haar godsdienstige overtuigingen,<sup>28</sup> maar het ‘concrete gebruik dat de klaagster van dit middel maakt’,<sup>29</sup> maakt het meer algemene oordeel van de Hoge Raad over de strafwaardigheid van de ayahuasca niet anders.

De frequentie in het gebruik noch de precieze omvang van het gevaar dat ayahuasca veroorzaakt voor de volksgezondheid mogen leidend zijn in het buiten toepassing verklaren van art. 2 Opw. Evenmin mogen deze omstandigheden leiden tot het oordeel dat het verbod op de ayahuasca en middelen die hierop lijken een niet noodzakelijke beperking oplevert van art. 9 EVRM.<sup>30</sup> Toch leest de Rechtbank Haarlem deze overwegingen anders en komt zij tot een andere afweging dan de Hoge Raad. Volgens de Haarlemse strafkamer is een analogie niet mogelijk, omdat de klaagster in die zaak had verklaard dat het gebruik van de ayahuasca niet noodzakelijk is voor het belijden van haar godsdienst. ‘Bovendien is een toetsing in concreto [in de zaak uit 2007] achterwege gebleven’, aldus de rechtbank in reactie op de officier van justitie die zich had beroepen op het arrest van de Hoge Raad uit 2007.<sup>31</sup>

### 2.1.3 Hof Amsterdam 2012

In het hoger beroep van de Haarlemse zaak uit 2009, komt het Hof Amsterdam tot dezelfde conclusie als de Rechtbank Haarlem en ontslaat de verdachte van alle rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van het bewezenverklarde.<sup>32</sup> Maar anders dan in het Haarlemse vonnis, besteedt het hof uitgebreider aandacht aan het arrest van de Hoge Raad uit 2007. Het hof merkt in dit verband op dat hoewel de

interpretatie van het Openbaar Ministerie van dat arrest juist is, namelijk dat met het plaatsen van DMT op de lijst van verboden middelen de noodzaak tot het verbieden ervan gegeven is, het toch aanleiding ziet om tot een ander oordeel te komen. De doorslaggevende omstandigheid is dat de verdachte in de zaak die voor het hof dient wel lid is van de Santo Daime kerk. Dat gold niet voor de klaagster in de zaak uit 2007 en dus anders dan in die zaak is het gebruik van de ayahuasca-thee een essentieel onderdeel van de godsdienstuitoefening van de verdachte in deze zaak.<sup>33</sup> Het hof acht de invoer van de ayahuasca-thee net als de rechtbank niet strafbaar en verklaart art. 2 Opw buiten toepassing.<sup>34</sup>

### 2.1.4 Rechtbank Noord-Holland 2016

Drie verdachten, allen lid van de Santo Daime kerk, staan in de zomer van 2016 voor de strafrechter in Haarlem.<sup>35</sup> Hen wordt afzonderlijk verweten in strijd met de Opiumwet grote hoeveelheden ayahuasca-thee te hebben ingevoerd vanuit Brazilië. De verdediging voert een tweeledig verweer aan. Enerzijds voert de verdediging aan dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard wegens het schenden van het vertrouwensbeginsel.<sup>36</sup> Anderzijds wordt aansluiting gezocht bij de ‘vaste lijn’ in de rechtspraak over strafbaarheid van de ayahuasca-thee voor religieus gebruik. Hoewel de rechtbank het niet-ontvankelijkheidsverweer verwierpt,<sup>37</sup> ontslaat hij de drie verdachten van alle rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van de bewezenverklarde invoer van de ayahuasca-thee.

## De dichotomie in de beoordeling van de strafwaardigheid van de ayahuasca-thee stelt ons in staat om de rechtspraak hierover nader te categoriseren

De rechtbank herhaalt wat ook in eerdere uitspraken is vastgesteld: voor de leden van de Santo Daime kerk behoort het drinken van de ayahuasca-thee ‘tot het essentiële, heilige sacrament van de erediensten van [de op Santo Daime geïnspireerde] godsdienst, zonder welke consumptie

27 HR 9 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2497. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verklaart deze zaak niet ontvankelijk en laat daarmee het arrest van de Hoge Raad ongemoeid. EHRM 6 mei 2014, nr. 28167/07 (*Fränklin-Beentjes & Ceflu-Luz da Floresta/Nederland*).

28 Om deze reden was het verbod niet disproportioneel.

29 HR 9 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2497, r.o. 3.4.2.

30 Idem.

31 Rb. Haarlem 26 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9844.

32 Hof Amsterdam 24 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888. Het hof vernietigt overigens wel het Haarlemse vonnis omdat het tot een andere bewezenverklaring komt, maar dat laat het ontslag van de verdachte en het niet strafbaar achten van dat bewezenverklarde onverlet.

33 Idem.

34 Idem.

35 Rb. Noord Holland (zittingsplaats Haarlem) 8 september 2016, respectievelijk ECLI:NL:RBNHO:2016:7555; ECLI:NL:RBNHO:2016:7556; ECLI:NL:RBNHO:2016:7557.

36 De verdediging voert vier argumenten aan waarom de verdachten erop mochten vertrouwen dat het Openbaar Ministerie niet zal overgaan tot vervolging. Het Openbaar Ministerie heeft het cassatieberoep tegen het arrest van het Hof Amsterdam uit 2012 ingetrokken over de invoer ayahuasca-thee (i); het Openbaar Ministerie is niet in beroep gegaan tegen de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 2001 over het bezit van ayahuasca-thee (ii); evenmin is beroep aangetekend tegen beslissing van de Rechtbank Haarlem waarin werd bevolen om de inbeslaggenomen ayahuasca-thee terug te geven (iii); in Rotterdam heeft het Openbaar Ministerie inbeslaggenomen ayahuasca-thee teruggegeven (iv).

37 De rechtbank herhaalt dat de beslissing tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie alleen in zeer zeldzame gevallen wordt genomen. Daar is in dit geval geen sprake van.

de godsdienst niet daadwerkelijk kan worden beleden'.<sup>38</sup> Ook herhaalt de rechtbank dat de verbodsbepalingen uit de Opiumwet inbreuk maken op het recht van de leden van de Santo Daime kerk om hun godsdienst in vrijheid te belijden. De invoer van de ayahuasca-thee vanuit Brazilië is immers noodzakelijk voor de godsdienstoefening van de leden van de Santo Daime kerk. De vraag is dan ook of het verbod op de invoer en bezit van de ayahuasca-thee gerechtvaardigd kan worden.

Hoewel de rechtbank niet twijfelt aan de aanwezigheid van een wettelijke grondslag voor het verbod dat *prima facie* een legitiem doel dient, namelijk bescherming van de volksgezondheid, is de strafkamer sceptisch over de noodzakelijkheid van deze beperking in een democratische samenleving.<sup>39</sup>

Voor de beantwoording van de vraag of het verbod in dit geval ook noodzakelijk is in een democratische samenleving grijpt de rechtbank terug naar het deskundigenrapport van professor Wolff dat een cruciale rol speelde in de eerste ayahuasca-zaak uit 2001. De rechtbank zegt geen aanleiding te zien om te twifelen aan de geldigheid van de kernconclusie uit dat rapport, namelijk dat het gecontroleerde gebruik van de ayahuasca binnen de Santo Daime kerk, geen grote gevolgen heeft voor volksgezondheid. Maar de rechtbank hecht ook expliciet waarde en belang aan de volgende feiten en omstandigheden.

De Santo Daime kerk is relatief klein van omvang (100 leden). De ayahuasca-thee wordt uitsluitend gedronken tijdens de kerkdiensten. De Braziliaanse moederkerk rekent aan de hand van het aantal erediensten dat gehouden wordt per jaar, het gemiddeld aantal kerkbezoekers en het aantal leden van de kerk hoeveel ayahuasca-thee een lokale kerk nodig heeft. De moederkerk houdt in de administratie bij waar de ayahuasca-thee vandaan komt en wie van de lokale kerkleden verantwoordelijk is voor het vervoer van de thee. De voorraad ayahuasca-thee wordt onder toezicht van de kerkleiders bewaard. De lokale kerk houdt in de administratie bij wat de consumptie is van de thee. De kerkgangers die ayahuasca-thee drinken zijn uitvoerig voorgelicht door de kerk over het heilige karakter van de thee en de gevolgen hiervan voor hun gezondheid. Ook moeten zij een verklaring ondertekenen waarin zij aangeven de informatie te hebben begrepen. Tot slot houdt de kerk per eredienst bij of er ayahuasca-thee wordt geserveerd, uit welke zending deze afkomstig is, welke concentratie hij bevat, wat de omvang van de geschonken thee is geweest, hoeveel aanwezigen er waren en wat hun relatie was tot de kerk, lid of gast.

De rechtbank ziet in deze specifieke omstandigheden grond, mede ook omdat de gezondheidsrisico's van het gebruik van de ayahuasca-thee vrij beperkt zijn, om art. 2 Opw buiten toepassing te verklaren en te gelasten dat de inbe-

slaggenomen ayahuasca-thee wordt teruggegeven aan de Santo Daime kerk.<sup>40</sup>

## 2.2 Een noodzakelijke beperking van godsdienstvrijheid

Het omslagpunt in de ayahuasca-thee jurisprudentie wordt bereikt met het arrest van het Hof Amsterdam uit 2018. Hierin worden de drie door de Rechtbank Haarlem van alle rechtsvervolging ontslagen verdachten veroordeeld wegens het opzettelijk binnenbrengen van de ayahuasca-thee.<sup>41</sup> Het is een omslagpunt omdat niet eerder in Nederland leden van de Santo Daime kerk in de uitoefening van hun kerkactiviteiten waren veroordeeld voor het overtreden van de verbodsbepalingen uit de Opiumwet.<sup>42</sup> Anders dan de rechtbank acht het hof de bewezenverklarde invoer van de ayahuasca-thee wel degelijk strafbaar. Het hof komt immers tot het oordeel dat de verbodsbepalingen die zijn opgenomen in de Opiumwet en die de Santo Daime kerk in het bijzonder treffen wel degelijk als noodzakelijk kunnen worden beschouwd binnen een democratische samenleving. Ter motivering van deze overweging zoekt het hof aansluiting bij de uitspraak van de Hoge Raad uit 2007.<sup>43</sup>

Het hof overweegt dat voor de beantwoording van de vraag of een verbod op ayahuasca ook daadwerkelijk noodzakelijk is in een democratische samenleving onderzocht moet worden of met de beperking in een dringende maatschappelijke behoefte wordt voorzien en of die beperking in verhouding staat tot het doel dat zij beoogt te beschermen, in dit geval de volksgezondheid. Maar, merkt het hof op, deze toetsing *in concreto* laat geen ruimte voor een toegepaste beoordeling, dat wil zeggen: 'een beoordeling van het gevaar voor de gezondheid bij gebruik van DMT (al dan niet in de vorm van ayahuasca-thee) in het algemeen'.<sup>44</sup>

Het hof vervolgt zijn arrest met de overweging dat door het plaatsen van DMT op de lijst van verboden middelen het gevaar van dit middel voor de volksgezondheid een gegeven is. Deze vaststelling noopt tot terughoudendheid in de beoordeling van de vraag of de ingevoerde ayahuasca-thee een zodanig beperkt gevaar voor de volksgezondheid veroorzaakt dat dit als aanvaardbaar gevaar moet worden aangemerkt, waardoor het verbod op de invoer als niet noodzakelijk kan worden beschouwd.

De conclusie van het hof is dat de gezondheidsrisico's van de ayahuasca-thee niet als aanvaardbaar kunnen worden aangemerkt. Wat hierbij een cruciale rol speelt is het

38 Rb. Noord Holland (zittingsplaats Haarlem) 8 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7555; ECLI:NL:RBNHO:2016:7556; ECLI:NL:RBNHO:2016:7557.

39 Immers een beperking op godsdienstvrijheid moet bij de wet zijn voorzien en tevens noodzakelijk zijn in een democratische samenleving ter bescherming van een van de beperkingsgronden van art. 9 lid 2 EVRM.

40 Dat is uitdrukkelijk bepaald in Rb. Noord Holland (zittingsplaats Haarlem) 8 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7556.

41 Hof Amsterdam 28 februari 2018, respectievelijk ECLI:NL:GHAMS:2018:688; ECLI:NL:GHAMS:2018:689; ECLI:NL:GHAMS:2018:690.

42 Opmerking verdient dat het hof volstaat met de vaststelling dat verdachten in strijd met de bepalingen uit de Opiumwet hebben gehandeld. De veroordeelden wordt geen straf of maatregel opgelegd. Het hof past dan ook art. 9a Sr toe.

43 Enigszins opvallend, want in die zaak uit 2007 – anders dan de zaak die het hof voor zich heeft – was het gebruik van de ayahuasca-thee volgens de klaagster in die zaak niet noodzakelijk voor haar godsdienstoefening.

44 Hof Amsterdam 28 februari 2018, respectievelijk ECLI:NL:GHAMS:2018:688; ECLI:NL:GHAMS:2018:689; ECLI:NL:GHAMS:2018:690.



ontbreken van adequaat en betrouwbaar toezicht op de ontvangst, invoer, gebruik en opslag van de ayahuasca-thee. Het hof weegt ook in het nadeel van de verdachten mee dat de voorlichting die gegeven wordt over het gebruik van de thee niet plaatsvindt door oordeelkundige specialisten. Dit is zorgwekkend volgens het hof omdat ‘de diensten niet alleen door vaste leden, maar ook door “gasten” worden bezocht. In 2017 zijn de diensten bijvoorbeeld door in totaal 2352 gasten bezocht, ten opzichte van 2871 leden. Bij deze gasten is niet bekend hoe zij zullen reageren op ayahuasca-thee. Bovendien valt niet uit te sluiten dat zij worden aangetrokken tot het nuttigen van de ayahuasca-thee als zodanig, zonder daarbij op zoek te zijn naar het geloof, doch de dienst gebruiken om het middel te kunnen nuttigen’.<sup>45</sup> Verder merkt het hof op dat gezondheidsrisico’s ook kunnen optreden na de kerkdienst, terwijl controle en begeleiding beperkt zijn tot binnen de kerk.

Gegeven deze omstandigheden ziet het hof aanleiding, ook in het licht van de sterk groeiende belangstelling voor het gebruik van de ayahuasca-thee, juist ‘buiten de religieuze setting’, om af te wijken van de vaste lijn in de rechtspraak over de strafwaardigheid van de ayahuasca-thee voor religieus gebruik. De gezondheidsrisico’s zijn simpelweg niet langer als aanvaardbaar te beschouwen. Dit leidt ertoe dat het hof de beperking die de Opiumwet veroorzaakt voor leden van de Santo Daime kerk als noodzakelijk acht binnen een democratische samenleving.<sup>46</sup>

De Hoge Raad heeft dit Amsterdamse arrest in stand gelaten en daarbij expliciet bevestigd dat ‘voor de beoordeling van de noodzakelijkheid van de inbreuk in een democratische samenleving niet steeds een afweging per situatie is vereist, maar een algemene toetsing volstaat. Het oordeel van het Hof dat de toepassing van de betreffende Opiumwetbepalingen en daarmee de beperking van het recht op vrijheid van godsdienst van de verdachte in gevallen als het onderhavige in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van de volksgezondheid, is niet onbegrijpelijk’.<sup>47</sup>

### 3. Haalbaarheid van religieuze verweren

Wat de ayahuasca-thee jurisprudentie eigenlijk blootlegt is de oneindige spanning tussen godsdienstuitoefening en op het eerste gezicht neutrale normen die (onbedoeld) beperkingen opleggen aan manifestaties van godsdienst. Toegegeven, in de ayahuasca-thee zaken is nimmer door een verdachte expliciet aangevoerd dat zijn religieuze overtuigingen boven de democratisch tot stand gekomen normen staan. Dat is bijvoorbeeld anders in de strafzaken die betrekking hebben op het theoterrorisme, waarin verdachten en veroordeelden *in de regel* de normen van de liberale rechtsstaat niet erkennen en de staatsvorm als zodanig

minachten.<sup>48</sup> De verdediging heeft in de ayahuasca-thee zaken het verweer altijd binnen de kaders van de rechtsstaat gevoerd en in de kern beschouwd nooit fundamentele twijfels geuit over het type staatsinrichting.<sup>49</sup>

Toch biedt de ayahuasca-thee jurisprudentie aanleiding om na te gaan of religieuze verweren, waarin de (relatieve) aanvaardbaarheid van een praktijk als maatstaf voor de beoordeling van de schuldvraag of de wederrechtelijkheid van een praktijk wordt gepresenteerd, als zodanig haalbaar zijn.<sup>50</sup> De ayahuasca-thee zaken worden immers gekenmerkt door een botsing tussen seculiere en neutrale verbodsbepalingen (de Opiumwet) die algemeen geldend zijn en religieuze gebodsbepalingen (het op Santo Daime leer geïnspireerde gebod tot drinken van de ayahuasca-thee) die uitsluitend betrekking hebben op de volgers van een bepaalde godsdienst. Theoretisch gezien is het daarom interessant om na te gaan of de relatieve aanvaardbaarheid van het drinken van de ayahuasca-thee binnen de Santo Daime gemeenschap ertoe moet leiden dat algemene verbodsbepalingen buiten toepassing dienen te worden verklaard.

Vaststaat dat expliciet religieuze verweren waarin wordt betoogd dat de verboden handeling gerechtvaardigd is vanwege de religieuze context ervan in zeer zeldzame gevallen leiden tot aanvaarding en daarmee tot niet strafbaarheid van zij het de verdachte of het bewezenverklarde feitencomplex. Een goed voorbeeld is het Van Dijke-arrest.<sup>51</sup> De Hoge Raad liet het arrest van het hof in deze zaak in stand waarin werd geoordeeld dat de religieuze context van een weliswaar beledigende uitlating, namelijk ‘Ja, waarom zou een praktiserend homoseksueel beter zijn dan een dief?’, aan het strafbaar verklaren van die uitlating in de weg staat. Het hof overwoog dat deze specifieke uitlating ‘niet meer dan een illustratie [betreft] ter verduidelijking van de uitgedragen geloofsovertuiging’.<sup>52</sup>

**Het tolereren van godsdienstuitoefening *qua* godsdienst is buitengewoon problematisch. Het leidt tot favoritisme van overheidswege**

Terug naar de vraag of de relatieve aanvaardbaarheid van een religieuze praktijk binnen bepaalde kringen aan straf-

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1456. Zie ook Concl. A-G B.F. Keulen, ECLI:NL:PHR:2019:754.

<sup>48</sup> Vgl. *Dynamiek in islamitisch activism* (WRR-rapport), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 198 (het rapport citeert de moordenaar van Theo van Gogh die gezegd zou hebben: ‘Uw rechtsstaat is de mijne niet’).

<sup>49</sup> Centraal in deze zaken stond de vraag of een verbod op de invoer en het gebruik van de ayahuasca-thee als noodzakelijk binnen een democratische samenleving kan worden beschouwd. Ook in cassatie speelde deze vraag een belangrijke rol. zie concl. A-G B.F. Keulen, ECLI:NL:PHR:2019:754, r.o. 17-18.

<sup>50</sup> Relatieve aanvaardbaarheid heeft betrekking op de mate waarin bijvoorbeeld een gezondheidsrisico als acceptabel wordt beschouwd. Deze relatieve aanvaardbaarheid speelde in de ayahuasca-thee rechtspraak een belangrijke rol en voor een lange tijd werd zij in het voordeel van de verdachte genoemd.

<sup>51</sup> HR 9 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9368.

<sup>52</sup> Idem.

rechtelijke aansprakelijkheid in de weg staat. In 2014 heeft de Hoge Raad zich weinig gelegen laten liggen aan het argument van de verdediging dat de maatschappelijke aanvaarding aan vervolging ter zake van rituele jongensbesnijdenis in de weg zou staan.<sup>53</sup> Deze zaak draaide dus in de kern om de strafwaardigheid van rituele jongensbesnijdenis. De vraag die in deze zaak centraal stond was of er relevante toestemming was gegeven voor de besnijdenis. Uitsluitend de vader van de kinderen, die niet over het ouderlijk gezag beschikte, had toestemming gegeven voor de besnijdenis.<sup>54</sup> De rechtsvraag die beantwoord moest worden, was dan ook of die toestemming afdoende was om het vermoeden van mishandeling weg te nemen. De Hoge Raad overwoog dat de vaststelling van het hof juist is en dat jongensbesnijdenis zonder relevante toestemming *per definitie* mishandeling oplevert. ‘Het Hof heeft daarom zonder blik te geven van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend gemotiveerd geoordeeld dat sprake is geweest van mishandeling, waarbij het Hof de juistheid van het beroep op een van oudsher aanvaard karakter van jongensbesnijdenis in het midden heeft kunnen laten.’<sup>55</sup>

Het jongensbesnijdenis-arrest van de Hoge Raad uit 2014 impliceert dat bij de beoordeling van de strafwaardigheid van religieuze handelingen, zoals de jongensbesnijdenis, vooral het neutraal wettelijk kader als uitgangspunt dient te worden genomen en niet zozeer de relatieve aanvaardbaarheid van die praktijk binnen bepaalde kringen. Dit uitgangspunt echoot heel sterk terug in het arrest van het Hof Amsterdam waarin het hof het verbod op de ayahuasca-thee als noodzakelijk beschouwt in een democratische samenleving en daarbij uitdrukkelijk opmerkt dat die noodzaak ter bescherming van de volksgezondheid in beginsel gegeven is met het plaatsen van DMT op de lijst van verboden middelen.

Beide uitspraken houden in dat de relatieve aanvaardbaarheid van een in beginsel verboden praktijk niet een zelfstandige grond kan zijn tot buiten toepassing verklaren van algemeen geldende wetten. Normatief gezien is deze conclusie te rechtvaardigen. Het tolereren van godsdienstuitoefening *qua* godsdienst, dat wil zeggen louter omdat het godsdienst betreft, is buitengewoon problematisch. Het leidt tot favoritisme van overheidswege van een specifieke groep mensen vanwege hun geloofsovertuigingen zonder dat duidelijk wordt gemaakt wat de unieke omstandigheden zijn die nopen tot afwijking van het wettelijk kader.<sup>56</sup> Meer impliciet schuilt in het arrest van het Hof Amsterdam de boodschap dat het creëren van excepties met moge-

lijk vergaande gevolgen voor bepaalde groepen vanwege hun religieuze overtuigingen, zoals de leden van de Santo Daime kerk, een taak is van de wetgever. Die is immers democratisch gelegitimeerd om met voorstellen te komen die een afwijking impliceren van het bestaande wettelijke kader. Dat is bijvoorbeeld gebeurd met betrekking tot rituele jongensbesnijdenis in Duitsland en Zuid-Afrika.<sup>57</sup> De wetgever kan dergelijke voorstellen actief verdedigen en daar ook verantwoording over afleggen in de samenleving. De rechter past hier grote terughoudendheid. Zeker wanneer de volksgezondheid in het gedrang komt. Daarom kunnen religieuze verweren in deze contexten niet leiden tot het buiten toepassing verklaren van algemeen geldende normen.<sup>58</sup>

#### 4. Conclusie

Lange tijd probeerde het Openbaar Ministerie tevergeefs paal en perk te stellen aan het gebruik van de ayahuasca-thee die het verboden middel DMT bevat. Maar die pogingen strandden, omdat feitenrechters het drinken van dit middel gegeven de religieuze context ervan niet strafbaar achtten. De Hoge Raad heeft het arrest van het Hof Amsterdam in stand gelaten waarin voor het eerst is geoordeeld dat de verbodsbepalingen uit de Opiumwet niet buiten toepassing mogen worden verklaard voor de invoer en het bezit van de ayahuasca-thee voor religieuze doeleinden. Het arrest van het Hof Amsterdam is niet alleen verdedigbaar vanuit het positieve recht, ook normatief gezien heeft het Hof Amsterdam het bij het juiste eind: immers het onderstreept dat er geen redenen bestaan om af te wijken van wetgeving die zorgvuldig tot stand is gekomen. Het arrest van de Hoge Raad is een steun in de rug van degenen die betogen dat godsdienstuitoefening niet getolereerd mag worden louter en alleen omdat het godsdienst betreft. Aan het creëren van excepties op algemeen geldende wetten horen zeer hoge eisen te worden gesteld. De Hoge Raad heeft terecht dit adagium impliciet omarmd. Er zou geen ruimte mogen bestaan voor favoritisme van overheidswege.

##### Over de auteur



**Mr. S. Wahedi**

is Universitair docent, Erasmus School of Law.

53 Zie HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3538, r.o. 2.4.

54 Zie voor een uitvoerige bespreking van deze zaak Wahedi 2016.

55 HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3538, r.o. 2.4.

56 Zie hierover Wahedi 2017/2018.

57 Kritisch hierover: S. Wahedi, ‘The health law implications of ritual circumcisions’, *Quinnipiac Health Law Journal* 2019, p. 240.

58 Vgl. Hof Leeuwarden 23 december 2003, ECLI:NL:GHLEE:2003:AO1667, r.o. 3.16: ‘wanneer de wetgever geen bijzondere voorziening voor gewetensbezwaarden heeft geboden, geen vrijstelling kan worden verleend van de uit die wet voortvloeiende verplichtingen.’